

Revue de DROIT FISCAL

11 NOVEMBRE 2010, HEBDOMADAIRE, N° 45 - ISSN 1279-8436

Directeur scientifique :
Patrick DIBOUT
Rédacteur en chef :
Thomas JACQUEMONT

553 PROCÉDURES FISCALES

Apports-cessions : absence d'abus de droit en cas de réinvestissement dans une activité économique

CE, 8 oct. 2010, min. c/ M. et M^{me} Bauchart, M. Bazire et min. c/ Cts Four, concl. Laurent OLLÉON, note Roland POIRIER

554 Incompatibilité avec une convention internationale n'est pas non-conformité

Précision sur le champ d'application de l'art. L. 190 du LPF
CE, 9 juill. 2010, Sté Jas Hennessy et Cie, concl. Édouard GEFFRAY, note Patrick DIBOUT

Également cette semaine

- 549 **BIC** - Crédit d'impôt recherche et amortissement des immobilisations données en location-gérance (CE, 17 sept. 2010, concl. N. ESCAUT, note P. FUMENIER)
- 550 **TVA** - Importations : la 6^e directive permet-elle de subordonner au paiement de la taxe le droit à déduction ? (CE, 30 juill. 2010, concl. P. COLLIN)
- 551 **Procédures fiscales** - Non-transmission de deux QPC relatives à la charge de la preuve de l'abus de droit et à la composition du CCRAD (CE, 29 sept. 2010, concl. P. COLLIN)
- 552 Cotisation de 2 % due en cas de non-respect de la participation-construction : renvoi au Conseil constitutionnel (CE, 13 oct. 2010, concl. C. LEGRAS)

Contrôle fiscal

553 Apports-cessions : absence d'abus de droit en cas de réinvestissement dans une activité économique

Deux arrêts du Conseil d'État du 8 octobre 2010 (*Bauchart et Bazire*) se prononcent pour la première fois sur les conditions auxquelles des opérations d'apport placées sous le régime de report d'imposition des anciens articles 92 B et 160 du CGI, immédiatement suivies de la cession de l'actif apporté (« apports-cession »), ne sont pas constitutives d'abus de droit. Ils apportent des réponses très attendues car la jurisprudence des juges du fond n'est pas uniforme. La troisième affaire jugée le même jour (*Four*) concerne l'apport en société d'une entreprise individuelle sous le régime de l'article 151 *octies* du CGI suivi d'une réduction de capital. Le Conseil d'État fait application des mêmes critères inspirés de l'objectif du législateur pour régler au fond ces trois affaires, ayant en commun un report d'imposition prévu par des textes différents.

CE, 8^e et 3^e ss-sect., 8 oct. 2010, n° 313139, min. c/ M. et M^{mes} Bauchart, concl. L. Olléon, note R. Poirier : *JurisData* n° 2010-018687

● Considérant, d'une part, qu'aux termes du 4 du I ter de l'article 160 du CGI, applicable aux impositions en litige : « L'imposition de la plus-value réalisée à compter du 1^{er} janvier 1991 en cas d'échange de droits sociaux résultant d'une opération de fusion, scission ou d'apport de titres à une société soumise à l'impôt sur les sociétés peut être reportée dans les conditions prévues au II de l'article 92 B » ; qu'aux termes du II de l'article 92 B du même code, alors en vigueur : « 1. À compter du 1^{er} janvier 1992 ou du 1^{er} janvier 1991 pour les apports de titres à une société passible de l'impôt sur les sociétés, l'imposition de la plus-value réalisée en cas d'échange de titres résultant d'une opération d'offre publique, de fusion, de scission, d'absorption d'un fonds commun de placement par une société d'investissement à capital variable réalisée conformément à la réglementation en vigueur ou d'un apport de titres à une société soumise à l'impôt sur les sociétés, peut être reportée au moment où s'opérera la cession, le rachat, le remboursement ou l'annulation des titres reçus lors de l'échange. (...) » ;

● Considérant, d'autre part, qu'aux termes de l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales, dans sa rédaction alors applicable : « Ne peuvent être opposés à l'administration des impôts les actes qui dissimulent la portée

véritable d'un contrat ou d'une convention à l'aide de clauses : (...) b) (...) qui déguisent soit une réalisation, soit un transfert de bénéfices ou de revenus (...) L'Administration est en droit de restituer son véritable caractère à l'opération litigieuse. En cas de désaccord sur les redressements notifiés sur le fondement du présent article, le litige est soumis, à la demande du contribuable, à l'avis du comité consultatif pour la répression des abus de droit. L'Administration peut également soumettre le litige à l'avis du comité dont les avis rendus font l'objet d'un rapport annuel. Si l'Administration ne s'est pas conformée à l'avis du comité, elle doit apporter la preuve du bien-fondé du redressement. » ; qu'il résulte de ces dispositions que l'Administration est fondée à écarter comme ne lui étant pas opposables certains actes passés par le contribuable, dès lors que ces actes ont un caractère fictif, ou, que, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, ils n'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éluider ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, s'il n'avait pas passé ces actes, auraient normalement supportées, eu égard à sa situation ou à ses activités réelles ;

● Considérant que, lorsque l'Administration entend remettre en cause les conséquences fiscales d'une opération qui s'est traduite par un report d'imposition, au motif que les actes passés par le contribuable ne lui sont pas opposables, elle est fondée à se prévaloir des dispositions de l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales ; qu'en effet, une telle opération, dont l'intérêt fiscal est de différer l'imposition, entre dans le champ d'application de cet article, dès lors qu'elle a nécessairement pour effet de minorer l'assiette de l'année au titre de laquelle l'impôt est normalement dû à raison de la situation et des activités réelles du contribuable ; que, par suite, en jugeant que le fait pour un contribuable de placer et de maintenir, sous le régime du report d'imposition prévu au 4 du I ter de l'article 160 du Code général des impôts, une plus-value réalisée à l'occasion d'un apport de droits sociaux ne déguisait par lui-même, ni une réalisation, ni un transfert de bénéfices ou de revenus au sens du b) de l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales, la cour administrative d'appel de Douai a commis une erreur de droit ; que, dès lors, le ministre est fondé à demander l'annulation de l'arrêt attaqué ;

● Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire application des dispositions de l'article L. 821-2 du Code de justice administrative pour régler l'affaire au fond ;

● Considérant que le placement en report d'imposition d'une plus-value réalisée par un contribuable, lors de l'apport de titres à une société qu'il contrôle, et qui a été suivi de leur cession par cette société, est constitutif d'un abus de

droit s'il s'agit d'un montage ayant pour seule finalité de permettre au contribuable, en interposant une société, de disposer effectivement des liquidités obtenues lors de la cession de ces titres tout en restant détenteur des titres de la société reçus en échange lors de l'apport ; qu'il n'a en revanche pas ce caractère s'il ressort de l'ensemble de l'opération que cette société a, conformément à son objet, effectivement réinvesti le produit de ces cessions dans une activité économique ;

● Considérant que, par acte du 20 juillet 1998, M. et M^{me} Bauchart ont créé la société civile Majomix dont ils détenaient chacun la moitié des parts ; que cette société, ayant pour objet social la réalisation de tous placements mobiliers ou immobiliers et la prise de participations dans des sociétés civiles ou commerciales, a immédiatement opté pour l'impôt sur les sociétés ; que, par acte du 22 septembre 1998, M. et M^{me} Bauchart ont fait apport à la société civile Majomix, de 924 des 1 850 parts qu'ils détenaient et qui représentaient la totalité du capital de la SARL Centraudis, laquelle avait pour objet l'exploitation d'un supermarché ; que, le 12 octobre 1998, la SARL Centraudis s'est transformée en société anonyme ; que, par acte du 3 novembre 1998, faisant suite à un protocole d'accord signé le 19 octobre précédent, M. et M^{me} Bauchart, qui restaient détenteurs de 926 actions de la SA Centraudis, et la société civile Majomix, qui en détenait 924, ont vendu ces actions à la société Amidis ; que, faisant application de la procédure de répression des abus de droit, l'Administration a remis en cause le report d'imposition, prévu par les dispositions combinées de l'article 92 B du même code et du 4 du I ter de l'article 160 du Code général des impôts, sous le régime duquel M. et M^{me} Bauchart avaient placé la plus-value d'apport réalisée le 22 septembre 1998 ; que le comité prévu à l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales a émis le 20 juin 2003 un avis favorable au maintien des redressements notifiés par l'Administration ;

● Considérant que, pour estimer que la société civile Majomix n'avait pas eu d'activité réelle, l'Administration s'est fondée sur ce qu'elle avait cédé les actions de la société Centraudis, qui lui avaient été apportées par M. et M^{me} Bauchart, seulement quarante-trois jours après leur apport et que l'éventuelle acquisition d'un actif professionnel en emploi des liquidités dégagées par la vente de ces titres n'avait eu lieu que plusieurs années après ces opérations et postérieurement à l'envoi de la notification de redressements ; qu'elle en a déduit que la création de la société civile, qui ne présentait pas un intérêt particulier pour la protection du patrimoine familial des époux Bauchart, ne répondait qu'au souci de permettre aux intéressés de se placer sous le régime fiscal dérogatoire du report de l'imposition de la plus-value de 9 147 600 F qui avait été dégagée lors de l'apport de leurs 924 actions de la SA Centraudis à la société civile Majomix ;

● Considérant, toutefois, qu'il résulte de l'instruction et qu'il n'est pas contesté que, conformément à son objet, la société civile Majomix a effectué au cours des années 1999 et 2000, soit antérieurement au 15 mars 2001, date de la notification de redressement adressée aux contribuables, diverses opérations d'acquisition de participations notamment dans deux sociétés implantées en Pologne ; qu'il n'est pas davantage contesté que cette société a acquis les titres de deux sociétés ayant pour objet respectivement la propriété et l'exploitation d'un hôtel-restaurant situé à Wasquehal (Nord) ; qu'elle a, à ce titre, investi une somme d'environ 14 millions de francs, excédant très largement le montant du produit de la cession des titres de la société Centraudis qu'elle avait reçus en apport ; que cette opération a nécessité la souscription d'un prêt garanti sur le patrimoine des contribuables ; que si cette acquisition est intervenue seulement en décembre 2001, elle avait été précédée dès le mois d'avril 2000 de plusieurs tentatives d'acquisition de divers fonds de commerce relatifs à des cafés ou à des hôtels-restaurants ; qu'au demeurant ce réinvestissement dans une activité économique du produit de la cession des actions s'est effectué dans le délai nécessaire qu'impliquaient, eu égard à l'importance et à la nature de l'investissement réalisé, des prises de contacts et des démarches préalables d'autant plus requises en l'espèce que M. et M^{me} Bauchart, jusqu'alors spécialisés dans la gestion d'un supermarché, changeaient de secteur d'activité ; que, par suite et sans qu'il soit besoin d'examiner les moyens de M. et M^{me} Bauchart contestant la régularité de l'avis du comité consultatif de répression des abus de droit afin que la charge de la preuve soit supportée par l'Administration, les contribuables, à supposer

même que cette charge leur incombe, établissent que les actes de droit privé passés à l'occasion de leur apport suivi de la cession, par la société Majomix qu'ils contrôlaient, de leurs titres de la société Centraudis, ont été inspirés par un motif autre que celui d'éviter ou d'atténuer les charges fiscales que les intéressés, s'ils n'avaient pas passé ces actes, auraient normalement supportées eu égard à leur situation et à leurs activités réelles ; que, par suite, et sans qu'il y ait lieu d'examiner si les contribuables avaient recherché le bénéfice d'une application littérale des dispositions précitées des articles 92 B et 160 du Code général des impôts à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, l'Administration n'était pas fondée à remettre en cause, selon la procédure de répression des abus de droit, le régime du report d'imposition de la plus-value réalisée le 22 septembre 1998 par les intéressés ;

● Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que M. et M^{me} Bauchart sont fondés à soutenir que c'est à tort que, par l'article 4 du jugement attaqué, le tribunal administratif de Lille a rejeté le surplus des conclusions de leur demande tendant à la décharge des cotisations supplémentaires d'impôt sur le revenu et de contributions sociales auxquelles ils sont restés assujettis au titre de l'année 1998, ainsi que des pénalités correspondantes et, en conséquence, à demander la décharge de ces impositions ;

(...)

CE, 8^e et 3^e ss-sect., 8 oct. 2010, n° 301934, M. Bazire, concl. L. Olléon, note R. Poirier

● Considérant que M. Bazire se pourvoit en cassation contre l'arrêt par lequel, après avoir jugé qu'il ne pouvait faire l'objet en 1997 d'une imposition commune avec son épouse, avec qui il était marié sous le régime de séparation de biens mais dont il vivait séparé depuis 1994, la cour administrative d'appel de Nantes a maintenu à son nom l'imposition supplémentaire établie au titre de l'année 1997 à raison d'une somme globale de 3 193 320 F (486 818,50 euros) correspondant, d'une part, à une plus-value de 2 604 585 F (397 066,42 euros) réalisée par le contribuable au titre d'actions de la société anonyme (SA) Brasserie Trouvillaise, dont, en échange des droits sociaux reçus en contrepartie, il avait fait apport à la société civile d'investissement "La Côte Normande" et qui avaient été revendues par cette société quelques jours plus tard à un tiers et, d'autre part, à une plus-value de 588 735 F (89 752,08 euros) réalisée lors de la cession à ce tiers au cours de la même année des actions de cette société qu'il détenait encore personnellement ;

(...)

● Considérant qu'au 1^{er} janvier 1997, M. et M^{me} Bazire détenaient ensemble 48 % du capital de la SA Brasserie Trouvillaise dont M. Bazire était le président-directeur général et qui exploitait un fonds de commerce de brasserie à Trouville ; que la participation de l'intéressé s'élevait alors à 43,28 % de ce capital tandis que son épouse en détenait 4,72 %, soit respectivement 4 328 et 472 actions ; que le 2 janvier, il a fait donation de 1 928 actions à son épouse, de sorte que chacun des époux détenait en propre 2 400 actions ; que le même jour, il a créé la société civile d'investissement "La Côte Normande" à laquelle il a apporté 1 951 actions de la SA Brasserie Trouvillaise et a reçu en contrepartie des parts de cette société, dont il détenait la totalité du capital à l'exception d'une part appartenant à son fils majeur ; que cette société, ayant notamment pour objet social l'achat, la souscription, l'Administration de titres de toute nature ainsi que la prise de participations dans toutes sociétés, a opté le 8 janvier pour l'assujettissement à l'impôt sur les sociétés ; qu'elle a revendu à un tiers l'intégralité des actions reçues en apport le 14 janvier ; que l'épouse de M. Bazire a constitué, selon les mêmes modalités, sa propre société civile d'investissement, laquelle, après avoir opté pour l'assujettissement à l'impôt sur les sociétés, a, à la même date, également revendu à ce tiers l'intégralité des actions qui lui avaient été apportées ; que, par ailleurs, chacun des époux a vendu le 14 janvier 1997 à ce tiers la totalité des actions qu'ils détenaient encore personnellement ; qu'à l'issue d'un contrôle sur pièces du dossier des époux Bazire faisant suite à la vérification de comptabilité de ces deux sociétés civiles d'investissement, l'Administration a estimé que M. Bazire, comme d'ailleurs son épouse, avait créé une société civile d'investissement dans le but exclusivement fiscal de placer la

plus-value réalisée lors de l'apport de leurs actions sous le régime du report d'imposition en application des dispositions combinées du I de l'article 92 B et du 4 du I ter de l'article 160 du Code général des impôts et de ne pas supporter immédiatement l'imposition de ces plus-values ; qu'elle a ainsi mis en œuvre la procédure de répression des abus de droit et écarté comme ne lui étant pas opposables l'acte de constitution de cette société et la décision par laquelle elle a opté pour l'assujettissement à l'impôt sur les sociétés, cet assujettissement étant une condition exigée par l'article 160 de ce code pour bénéficier du report d'imposition ; que le litige n'ayant pas été soumis au comité prévu à l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales, il appartient à l'Administration d'apporter la preuve du bien-fondé du redressement ;

● Considérant que l'Administration fait valoir qu'après s'être opposée à une première vente des actions détenues par les époux, M^{me} Bazire n'a consenti à celle-ci qu'à la condition d'être attributaire de la moitié des actions compte tenu du travail qu'elle avait accompli au sein de la SA Brasserie Trouvillaise et que cette condition sera réalisée par la donation consentie par M. Bazire à son épouse ; qu'elle en déduit que la vente par le requérant de ses actions, comme d'ailleurs la vente par son épouse de ses titres, avait été envisagée bien avant la création des sociétés civiles d'investissement ; qu'elle soutient également que, si M. Bazire prétend que cette opération avait pour but la reprise d'un restaurant à Paris, laquelle, selon le requérant, supposait la constitution préalable d'une holding en raison du partenariat devant exister avec d'autres sociétés et s'il fait valoir en outre que la banque devant consentir un prêt avait exigé le nantissement en sa faveur des titres de la holding, il n'apporte aucun élément probant faisant apparaître que ce projet dépendait de la création préalable d'une société civile ayant dû opter pour l'impôt sur les sociétés et n'était pas indépendant de la vente des actions ; qu'elle relève enfin que le contribuable était en mesure d'appréhender au cours de l'année 1997, via cette société familiale qu'il contrôle, le produit de la vente des actions ;

● Considérant, toutefois, que l'Administration ne soutient pas que la société civile d'investissement ne se serait livrée à aucune activité ; que le requérant produit à cet égard divers documents faisant apparaître que, dès 1997, la société a fait usage des fonds recueillis lors de la cession des actions pour prendre des participations, conformément à son objet social ; qu'il résulte de l'instruction qu'après une tentative infructueuse pour acquérir les locaux nécessaires à l'ouverture d'un nouveau restaurant qui devait être exploité par le contribuable, la société a acquis en 2000 67,5 % du capital de la société à responsabilité limitée Les Caves Trouvillaises créées par M. Bazire, dont il est le gérant et qui exploite à Trouville un commerce de vins et spiritueux, et a apporté en compte courant les liquidités nécessaires pour constituer le stock de ces produits ; que l'Administration ne conteste pas l'affirmation du requérant selon laquelle il n'a jamais effectivement appréhendé le produit de la vente des actions dont il avait fait apport et n'a donc pas perçu les liquidités correspondantes ; que le réinvestissement dans une activité économique de ce produit est ainsi avéré ; que, par suite, l'Administration ne peut être regardée comme établissant que la constitution par M. Bazire de la société civile d'investissement « La Côte Normande » et l'option de cette société pour l'assujettissement à l'impôt sur les sociétés ont été inspirés par un motif autre que celui d'éviter ou d'atténuer les charges fiscales que les intéressés, s'ils n'avaient pas passé ces actes, auraient normalement supportées eu égard à leur situation et à leurs activités réelles ; que, dès lors, et sans qu'il y ait lieu d'examiner si le requérant avait recherché le bénéfice d'une application littérale des dispositions précitées des articles 92 B et 160 du CGI à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, l'Administration n'était pas fondée à remettre en cause, selon la procédure de répression des abus de droit, le régime du report d'imposition de la plus-value réalisée en 1997 par l'intéressé ;

● Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de sa requête, que M. Bazire est fondé à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Caen a rejeté sa demande en tant qu'elle tendait à la décharge des cotisations supplémentaires d'impôt sur le revenu et de contributions sociales auxquelles il est resté assujéti au titre de l'année 1997 à raison de l'imposition de la plus-value de 397 066,42 euros et, en conséquence, à demander la décharge de ces impositions ;

● Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'il n'y a pas lieu d'examiner les conclusions du ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique tendant à ce que, dans le cas où le Conseil d'État ferait droit au pourvoi du contribuable mais retiendrait l'existence d'un abus de droit, il procède à l'annulation de l'article 3 de l'arrêt déchargeant l'intéressé de la pénalité de 80 % pour abus de droit, qui n'ont été présentées qu'à titre subsidiaire ;

(...)

CE, 8^e et 3^e ss-sect., 8 oct. 2010, n° 321361, min. c/ Cts Four, concl. L. Olléon, note R. Poirier : *JurisData* n° 2010-018692

● Considérant, d'une part, qu'aux termes du I de l'article 151 octies du Code général des impôts, dans sa rédaction applicable aux impositions en litige : « Les plus-values soumises au régime des articles 39 duodecies à 39 quinquies et réalisées par une personne physique à l'occasion de l'apport à une société soumise à un régime réel d'imposition de l'ensemble des éléments de l'actif immobilisé affecté à l'exercice d'une activité professionnelle ou de l'apport d'une branche complète d'activité peuvent bénéficier des dispositions suivantes : a. L'imposition des plus-values afférentes aux immobilisations non amortissables fait l'objet d'un report jusqu'à la date de la cession à titre onéreux ou du rachat des droits sociaux reçus en rémunération de l'apport de l'entreprise ou jusqu'à la cession de ces immobilisations par la société si elle est antérieure. En cas de transmission à titre gratuit à une personne physique des droits sociaux rémunérant l'apport, le report d'imposition est maintenu si le bénéficiaire de la transmission prend l'engagement d'acquitter l'impôt sur la plus-value à la date où l'un de ces événements précités se réalise (...) » ;

● Considérant qu'aux termes de l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales, dans sa rédaction alors en vigueur : « Ne peuvent être opposés à l'administration des impôts les actes qui dissimulent la portée véritable d'un contrat ou d'une convention à l'aide de clauses : (...) b) (...) qui déguisent soit une réalisation, soit un transfert de bénéfices ou de revenus (...) L'Administration est en droit de restituer son véritable caractère à l'opération litigieuse. En cas de désaccord sur les redressements notifiés sur le fondement du présent article, le litige est soumis, à la demande du contribuable, à l'avis du comité consultatif pour la répression des abus de droit. L'Administration peut également soumettre le litige à l'avis du comité dont les avis rendus font l'objet d'un rapport annuel. Si l'Administration ne s'est pas conformée à l'avis du comité, elle doit apporter la preuve du bien-fondé du redressement. » ; qu'il résulte de ces dispositions que l'Administration est fondée à écarter comme ne lui étant pas opposables certains actes passés par le contribuable, dès lors que ces actes ont un caractère fictif, ou, que, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, ils n'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éviter ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, s'il n'avait pas passé ces actes, auraient normalement supportées, eu égard à sa situation ou à ses activités réelles ;

● Considérant que, lorsque l'Administration entend remettre en cause les conséquences fiscales d'une opération qui s'est traduite par un report d'imposition au motif que les actes passés par le contribuable ne lui sont pas opposables, elle est fondée à se prévaloir des dispositions de l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales ; qu'en effet une telle opération, dont l'intérêt fiscal est de différer l'imposition, entre dans le champ d'application de cet article dès lors qu'elle a nécessairement pour effet de minorer l'assiette de l'année au titre de laquelle l'impôt est normalement dû à raison de la situation et des activités réelles du contribuable ; que, par suite, en jugeant que le fait pour un contribuable de placer et de maintenir, sous le régime du report d'imposition prévu par les dispositions du I de l'article 151 octies du Code général des impôts, une plus-value réalisée à l'occasion de l'apport en société d'un fonds de commerce ne déguisait par lui-même, ni une réalisation, ni un transfert de bénéfices ou de revenus au sens du b) de l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales, la cour administrative d'appel de Douai a commis une erreur de droit ; que, dès lors, le ministre est fondé à demander l'annulation de l'arrêt attaqué ;

• Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire application des dispositions de l'article L. 821-2 du Code de justice administrative pour régler l'affaire au fond ;

• Considérant que le placement en report d'imposition d'une plus-value réalisée par un contribuable lors de l'apport de titres à une société qu'il contrôle et qui a été suivi de leur cession par cette société est constitutif d'un abus de droit s'il s'agit d'un montage ayant pour seule finalité de permettre au contribuable, en interposant une société, de disposer effectivement des liquidités obtenues lors de la cession de ces titres tout en restant détenteur des titres de la société reçus en échange lors de l'apport ; qu'il n'a en revanche pas ce caractère s'il ressort de l'ensemble de l'opération que cette société a, conformément à son objet, effectivement réinvesti le produit de ces cessions dans une activité économique ;

• Considérant que, le 13 juillet 1994, M. et M^{me} Four ont apporté pour une valeur de 3 600 000 F le fonds de commerce d'optique, lunetterie et acoustique qu'ils exploitaient auparavant sous la forme d'une entreprise individuelle à la société à responsabilité limitée en cours de formation Optique Four dont ils sont les associés ; que le capital de cette société a été fixé à 3 600 000 F divisé en 600 parts sociales, ayant une valeur nominale unitaire de 6 000 F, détenues par moitié par chacun des époux ; qu'ils ont placé la plus-value dégagée à l'occasion de cet apport sous le régime du report d'imposition prévu à l'article 151 octies du CGI ; que le 3 septembre 1994, la société a réduit son capital de 3 600 000 F à 300 000 F par voie de remboursement partiel aux associés des parts remises en contrepartie de l'apport ; qu'à la suite des constatations opérées lors d'une vérification de comptabilité de cette société, l'Administration, faisant application de la procédure de répression des abus de droit, a remis en cause le bénéfice de ce report d'imposition ; que le comité prévu à l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales a émis le 22 septembre 2000 un avis favorable au maintien des redressements notifiés par l'Administration ;

• Considérant, en premier lieu, qu'il résulte de ce qui vient d'être dit que l'Administration est fondée à se prévaloir des dispositions de l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales lorsqu'elle remet en cause les conséquences fiscales d'une opération qui s'est traduite par un report d'imposition ;

• Considérant, en deuxième lieu, que les requérants soutiennent que l'appréhension de liquidités à la suite de la réduction du nominal des titres de la société suffisait à entraîner la déchéance du régime prévu à l'article 151 octies du Code général des impôts et l'imposition immédiate de la plus-value litigieuse, sans qu'il soit besoin de mettre en œuvre la procédure de répression des abus de droit ; que toutefois, dès lors que l'Administration estimait que l'opération d'apport du fonds de commerce à la société suivie d'une réduction du capital, ayant permis aux contribuables, qui avaient conservé la propriété de l'ensemble de leurs parts, de disposer, par l'apport à leur compte courant d'associés, d'une somme de 3 300 000 F, caractérisait un montage dissimulant en réalité, derrière l'apparence d'un apport en nature, la mutation à titre onéreux de ce fonds, elle ne pouvait imposer immédiatement la plus-value professionnelle qu'ils avaient réalisée qu'en écartant au préalable, par la mise en œuvre de cette procédure, les actes relatifs à ces opérations comme ne lui étant pas opposables ;

• Considérant, en troisième lieu et d'une part, qu'en se bornant à alléguer que l'opération d'apport permettait de réaliser des économies de cotisations sociales du fait du changement du mode d'exploitation de l'entreprise et que la réduction du capital de la société était justifiée « par l'hypertrophie du haut de bilan à la suite de l'opération d'apport » pour soutenir que ces opérations avaient un motif autre que fiscal, les contribuables n'apportent pas d'éléments suffisants de nature à établir que ces opérations ne dissimulaient pas en réalité une vente de leur fonds de commerce qui générerait une plus-value exclue du régime de report d'imposition prévu à l'article 151 octies du Code général des impôts et qu'elles avaient été inspirées par un motif autre que celui d'éviter ou d'atténuer les charges fiscales que les intéressés, s'ils n'avaient pas passé ces actes, auraient normalement supportées eu égard à leur situation et à leurs activités réelles ;

• Considérant, d'autre part, que les dispositions de l'article 151 octies du Code général des impôts ont eu pour objet de favoriser la transformation d'une entreprise individuelle en société en ne procédant pas à la taxation immédiate

des plus-values constatées à l'occasion de la réalisation de l'apport tant que les titres reçus en contrepartie de cet apport n'ont pas été cédés et n'ont pas permis au contribuable de disposer des liquidités nécessaires au paiement de cette imposition ; qu'en demandant à bénéficier du régime prévu par cet article, les contribuables ont recherché le bénéfice d'une application littérale de ses dispositions à l'encontre des objectifs poursuivis par le législateur ;

• Considérant que, par suite, les contribuables ne sont pas fondés à soutenir que l'Administration ne pouvait remettre en cause, selon la procédure de répression des abus de droit, le régime du report d'imposition dont ils se sont prévalus ;

• Considérant, enfin, que les intéressés soutiennent que la plus-value litigieuse n'est devenue taxable qu'à compter du 10 avril 1995, date à laquelle la société Optique Four a été immatriculée au registre du commerce et des sociétés, et qu'elle a ainsi été à tort rattachée par l'Administration à l'année 1994 ; que cette argumentation, fondée sur les règles applicables à l'apport d'un fonds de commerce à une société en formation, selon lesquelles le transfert de propriété du fonds ne s'opère qu'à la date d'inscription de la société à ce registre, est toutefois dépourvue de toute portée utile, dès lors que l'Administration, tirant les conséquences de la requalification opérée dans le cadre de la procédure de répression des abus de droit, a à bon droit écarté la date de transfert de propriété apparent résultant de l'apport et retenu la date de vente effective du fonds à cette société et que cette vente étant parfaite en 1994, en raison de l'accord sur la chose et sur le prix, la plus-value réalisée devait être imposée au titre de l'année 1994 ;

• Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que M. Four et les ayants droit de son épouse décédée ne sont pas fondés à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Rouen a rejeté leur demande tendant à la décharge des cotisations supplémentaires d'impôt sur le revenu et de contributions sociales ainsi que des pénalités correspondantes auxquelles, compte tenu du dégrèvement prononcé par l'Administration lors de l'instance devant la cour, M. et M^{me} Four sont restés assujettis au titre de l'année 1994 ;

(...)

NOTE

1 – Deux arrêts du Conseil d'État du 8 octobre 2010 (*Bauchart et Bazire*) se prononcent pour la première fois sur les conditions auxquelles des opérations d'apport placées sous le régime de report d'imposition des anciens articles 92 B et 160 du CGI, immédiatement suivies de la cession de l'actif apporté (« apports-cession »), ne sont pas constitutives d'abus de droit. Ils apportent des réponses très attendues car la jurisprudence des juges du fond n'est pas uniforme. La troisième affaire jugée le même jour (*Four*) concerne l'apport en société d'une entreprise individuelle sous le régime de l'article 151 octies du CGI suivi d'une réduction de capital. Le Conseil d'État fait application des mêmes critères inspirés de l'objectif du législateur pour régler au fond ces trois affaires, ayant en commun un report d'imposition prévu par des textes différents.

Avant d'en venir à l'analyse au fond dans les affaires *Bazire*, *Bauchart* et *Four*, il fallait qualifier les faits pour déterminer s'ils relevaient du champ d'application de l'article L. 64 dans sa rédaction applicable jusqu'au 1^{er} janvier 2009 (1).

Pour apprécier l'existence d'un éventuel abus de droit par fraude à la loi, le juge a procédé selon la méthodologie définie par le Conseil d'État (concl. L. Vallée sous CE, 9^e et 10^e ss-sect., 28 févr. 2007, n° 284565, min. c/ M^{me} Persicot : *JurisData* n° 2007-081088 ; *Rec. CE* 2007, p. 107 ; *Dr. fisc.* 2007, n° 14, comm. 386, note O. Fouquet ; *RJF* 5/2007, n° 599 ; *BDCF* 5/2007, n° 61) (2) :

– d'abord en vérifiant si les actes mis en cause ont été inspirés par un but exclusivement fiscal, en examinant la substance économique et juridique du montage (A) (critère subjectif) ;

– dans l'affirmative, en déterminant si l'avantage obtenu par le contribuable à l'aide de cet acte artificiel est contraire aux objectifs du législateur (critère objectif) (B).

Au-delà, les arrêts du 8 octobre sont l'occasion de poser certaines questions en tentant d'y répondre (3).

1. Les différés d'imposition entrent dans le champ d'application de l'abus de droit

A. - L'erreur des juges du fond sur la portée de l'article L. 64, et dans le choix des critères d'analyse de l'abus de droit par fraude à la loi en matière d'apports-cession

2 – Le texte de l'article L. 64 du LPF visait spécifiquement jusqu'au 1^{er} janvier 2009 certains types de fraudes, les « actes dissimulant la portée véritable d'un contrat ou d'une convention sous l'apparence de stipulations (...) déguisant soit une réalisation, soit un transfert de bénéfices ou de revenus (...) ».

Dans les trois affaires, les juges du fond avaient considéré que le fait pour un contribuable de solliciter sur option le report d'imposition se situe hors du champ de l'article L. 64 du LPF, dans la mesure où cette option ne déguise par elle-même, ni la réalisation, ni le transfert, de bénéfices ou de revenus.

La distinction était loin d'être indifférente, puisque même si l'opération était répréhensible sur la base du principe général de la fraude, la pénalité au taux de 80 % de l'article 1729 du CGI n'était pas applicable dès lors que l'on se trouvait hors du champ de l'article L. 64. En effet, la majoration pour manœuvres frauduleuses, qui sont des agissements destinés à égarer ou à restreindre le pouvoir de contrôle de l'Administration (CE, 8^e et 9^e ss-sect., 8 janv. 1997, n° 139711, M. Fattell : *Dr. fisc.* 1997, n° 10, comm. 275, concl. G. Goulard) n'est pas nécessairement applicable aux cas d'abus de droit par fraude à la loi (CAA Nantes, 1^{re} ch., 18 déc. 2006, n° 05NT00486, *Bazire* et n° 05NT00650, *Simmenauer* : *RJF* 5/2007, n° 598).

Pour écarter l'article L. 64, les juges du fond semblent avoir fait une lecture littérale du texte en considérant que la plus-value ne pouvait pas avoir été « déguisée » puisqu'elle avait dû être déclarée afin de pouvoir être reportée. De plus, cette plus-value n'échappait pas définitivement à l'impôt puisqu'elle restait imposable lors de la revente des titres reçus en rémunération de l'apport. Enfin, dans les affaires *Bazire* et *Bauchart*, les contribuables n'avaient pas disposé du produit de la vente qui était resté investi dans la société. Dans la mesure où le report d'imposition avait été prévu par le législateur, il ne paraissait pas évident qu'un apport effectué en vue de différer l'imposition fût contraire à l'esprit du texte et relevât de l'article L. 64 qui est d'interprétation stricte (V. concl. E. Glaser sous CE, 3^e et 8^e ss-sect., 27 juill. 2009, n° 295358, *Caisse interfédérale de Crédit Mutuel*, préc.).

Après avoir considéré que les dispositions de l'article L. 64 n'étaient pas applicables, les juges du fond ont accepté d'examiner le montage sous l'angle du principe général de fraude à la loi (dans l'affaire *Four*, le ministre n'ayant pas demandé que le litige soit examiné sous un autre fondement que l'article L. 64 du LPF, les juges du fond n'ont pas analysé le montage sur le terrain de ce principe). En effet comme on l'a vu, il est possible de déjouer la poursuite d'un but exclusivement fiscal à travers la mise en œuvre des critères généraux de la fraude à la loi quand l'article L. 64 n'est pas applicable. Le Conseil d'État s'est déjà prononcé au moins une fois dans un cas voisin, en considérant que la transformation de la forme sociale d'une SCI en SA avait frauduleusement permis d'éviter une imposition immédiate (CE, 9^e et 8^e ss-sect., n° 49462, 3 nov. 1986, M. Castel : *JurisData* n° 1986-601429 ; *Dr. fisc.* 1987, n° 8, comm. 344, concl. P.-F. Racine ; *RJF* 1/1987, n° 77).

Les juges du fond ont retenu l'abus de droit dans l'affaire *Bazire* au motif que la création de la société visait exclusivement à éluder l'impôt qui aurait dû être payé au titre de l'année de l'apport-cession, faute de démonstration de son utilité économique pour les besoins du réinvestissement professionnel envisagé. Ils ont encore fait grief au contribuable de la revente rapide par la société des titres apportés. À l'analyse des faits, pourtant similaires, les juges du fond ont au contraire écarté la fraude à la loi dans l'affaire *Bauchart*.

Le Conseil d'État a retenu pour sa part deux critères d'analyse différents de ceux qu'ont utilisés les juges du fond. Ce sont (i) la disposition des liquidités au travers d'une société contrôlée, et (ii) le réinvestissement du produit des cessions dans une activité économique, qui traduisent la volonté d'employer des critères d'analyse plus adaptés à l'examen de la conformité du montage aux objectifs du législateur (V. *infra* n° 15).

B. - L'obtention d'un report d'imposition peut être un abus de droit au sens de l'article L. 64 du LPF

3 – Cassant pour erreur de droit les arrêts des cours de Douai et de Nantes, le Conseil d'État juge qu'un montage tendant à différer le paiement de l'impôt constitue une « réalisation ou un transfert de bénéfices ou de revenus » au sens de l'article L. 64.

En effet, l'article 12 du CGI prévoit l'imposition du contribuable à raison des revenus qu'il a réalisés ou dont il a disposé au cours d'une

année civile. Une opération dont le seul objectif est de différer une imposition a pour effet de minorer l'assiette de l'impôt de l'année au titre de laquelle il est dû, et viole le principe d'annualité de l'impôt. Peu importe que la plus-value devienne imposable lors de la cession ultérieure des titres reçus en rémunération de l'apport, qui n'est qu'éventuelle.

Les arrêts ici commentés sont l'occasion de dissiper le doute qui avait pu subsister sur la volonté du Conseil d'État d'appliquer l'article L. 64 aux différés d'imposition après la décision *Caisse inter-fédérale du Crédit Mutuel* du 29 juillet 2009.

2. Analyse de l'abus de droit par fraude à la loi

4 – Ainsi qu'il résulte de la définition jurisprudentielle issue de l'arrêt *Janfin* (CE, sect., 27 sept. 2006, n° 260050, min. c/ Sté Janfin ; *JurisData* n° 2006-081020 ; *Rec. CE* 2006, p. 401 ; *Dr. fisc.* 2006, n° 47, comm. 744, concl. L. Olléon et étude 65, O. Fouquet, *Fraude à la loi et abus de droit* ; *Procédures* 2006, comm. 284, note J.-L. Pierre ; *RJF* 12/2006, n° 1583 et *chron. Y. Bénard*, p. 1083 ; *BDCF* 12/2006, n° 156, concl. L. Olléon ; *BGFE* 2006, n° 12, p. 30 et s., obs. N. Chahid-Nourai ; *GAJF*, 5^e éd., 2009, thème 10), les actes non fictifs constituent un abus de droit par fraude à la loi fiscale lorsque deux conditions sont cumulativement remplies : un but exclusivement fiscal (A), et la contrariété du montage aux objectifs de la loi (B) (CE, 8^e et 3^e ss-sect., 5 mars 2007, n° 284457, *SELARL Pharmacie de Chalonges* ; *JurisData* n° 2007-081090 ; *Dr. fisc.* 2007, n° 20, comm. 522, note O. Fouquet ; *Procédures* 2007, comm. 153, note J.-L. Pierre ; *RJF* 5/2007, n° 600, concl. P. Collin, p. 426. – V. également, concl. L. Olléon sous CE, 8^e et 3^e ss-sect., 20 juill. 2007 n° 289641, *Macchi* ; *RJF* 11/2007, n° 1296 ; *BDCF* 11/2007, p. 69 à 71).

Appliqués aux apports-cession, les principes de l'arrêt *Janfin* sont illustrés par un considérant commun aux trois arrêts : « le placement en report d'imposition d'une plus-value réalisée par un contribuable lors de l'apport de titres à une société qu'il contrôle et qui a été suivi de leur cession par cette société est constitutif d'un abus de droit s'il s'agit d'un montage ayant pour seule finalité de permettre au contribuable, en interposant une société, de disposer effectivement des liquidités obtenues lors de la cession de ces titres tout en restant détenteur des titres de la société reçus en échange lors de l'apport ; qu'il n'a en revanche pas ce caractère s'il ressort de l'ensemble de l'opération que cette société a, conformément à son objet, effectivement réinvesti le produit de ces cessions dans une activité économique ».

Les arrêts *Bazire*, *Bauchart* et *Four* dessinent ainsi une ligne de démarcation assez claire entre les opérations d'apport-cession qui poursuivent un but exclusivement fiscal et qui sont contraires aux objectifs du législateur, et les autres :

– le montage ne constitue pas un abus de droit en présence d'un réinvestissement dans une activité économique, les fonds n'ayant pas été mis à la disposition du contribuable ;

– le montage constitue un abus de droit en cas d'appréhension des liquidités par le contribuable à travers la société qu'il contrôle, appréhension qui contredit le principe de l'apport et s'oppose au réinvestissement des fonds par la société.

A. - Analyse du but exclusivement fiscal du montage

1° Le double critère issu des décisions du 8 octobre 2010

a) Le critère du réinvestissement dans une activité économique

5 – La nature économique du réinvestissement opéré par la société est un critère déterminant du caractère non artificiel du montage d'apport-cession.

Plusieurs avis du comité consultatif pour la répression des abus de droit témoignaient déjà avant les arrêts du 8 octobre 2010 de l'importance de l'utilisation ou de la destination du produit de la vente (affaires n° 2004-52 à 55, V. *Comité consultatif pour la répression des abus de droit, Rapport annuel 2005 : Dr. fisc.* 2006, n° 25, étude 47), de l'existence d'un but économique ou professionnel (affaires n° 2004-61 et n° 2004-35, V. *Comité consultatif pour la répression des abus de droit Rapport annuel 2005, préc.*). Il résulte surtout des décisions du Conseil d'État *Pléiade* (CE, 8^e et 3^e ss-sect., 18 févr. 2004, n° 247729, *SA Pléiade* ; *JurisData* n° 2004-080518 ; *Dr. fisc.* 2004, n° 47, comm. 849 ; *Dr. sociétés* 2004, comm. 91 ; *RJF* 5/2004, n° 510 ; *BDCF* 5/2004, n° 65, concl. P. Collin ; *BGFE* 2004, n° 3, obs. N. Chahid-Nourai, p. 17 ; *LPA* 9 juill. 2004, note J.-C. Parot, p. 17 ; *Banque et Droit* 2004, n° 95, obs. C. Acard, p. 65) et *Sagal* (CE, 8^e et 3^e ss-sect., 18 mai 2005, n° 267087, min. c/ Sté Sagal ; *JurisData* n° 2005-080715 ; *Dr. fisc.* 2005, n° 44-45, comm. 726, concl. P. Collin ; *RJF* 8-9/2005, n° 910 ; *RJF* 12/2005, *chron. Y. Bénard*, p. 943 ; *BDCF* 8-9/2005, n° 110, concl. P. Collin ; *BGFE* 2005, n° 4, obs. N. Chahid-Nourai ; *Rev. adm.* 2005, n° 347 obs. O. Fouquet, p. 482. – V. également, O. Fouquet, *Interprétation française et interprétation européenne de l'abus de droit* : *RJF* 5/2006, p. 383 à 385) que la sincérité d'un montage repose sur une réalité économique. En particulier, l'arrêt *Sagal* a permis de distinguer l'abus de droit de la simple optimisation fiscale grâce au critère du montage « purement artificiel », déterminé par sa substance économique (V. O. Fouquet, *Interprétation française et interprétation européenne de l'abus de droit, préc.*). On retrouve ce critère dans les arrêts *Bauchart*, *Bazire* et *Four*. Mais alors que l'arrêt *Sagal*, antérieur à l'arrêt *Janfin*, se limitait à relier l'exigence d'une substance économique à l'absence d'un but exclusivement fiscal, les arrêts du 8 octobre situent cette exigence dans la finalité des textes qui ont institué le différé d'imposition (V. *infra* n° 15).

b) Le critère de la non-appréhension des liquidités de l'opération

6 – Dans les affaires *Bazire* et *Bauchart*, dès lors que le produit de la vente des titres avait été réinvesti dans une activité économique, il ne pouvait être reproché aux contribuables d'avoir disposé du produit de la vente.

Dans l'affaire *Four*, le juge est parti du constat que le contribuable avait disposé du produit du transfert de propriété du fonds de commerce sous la forme de l'inscription à son compte courant du montant de la réduction de capital massive qui avait suivi l'apport. Tout s'était passé comme si l'apport n'avait pas été rémunéré par des titres de la valeur de l'actif apporté, mais par une créance sur la société. Les apporteurs entendaient vraisemblablement obtenir le remboursement de leur compte courant à l'aide des liquidités dégagées par l'exploitation du fonds par la société. Il résultait de ce montage tout à la fois un acte exclusivement fiscal (éluder l'impôt de plus-value) contraire à l'objectif de la loi (différé d'imposition des plus-values restant investies dans une activité économique), et une fraude par simulation (dissimulation d'une vente de fonds de commerce par acte déguisé). L'importance du fait que les apporteurs contrôlaient la société est soulignée par le juge.

c) Qu'est ce que l'activité économique dans laquelle le réinvestissement doit être réalisé ?

7 – Le Conseil d'État place assez haut l'exigence de réalité économique en parlant de réinvestissement dans une « activité économique ». Entendue au sens habituel, cette expression vise la poursuite d'un but lucratif au travers de toute activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole, libérale, financière, exercée par la société à l'aide de moyens propres. Dans les affaires *Bazire* et *Bauchart*, il s'agissait de fonds de commerce et de murs dans lesquels était

exploité ce fonds de commerce. La nature économique de la nouvelle activité économique était assez simple à vérifier.

Dans d'autres situations où les faits seront moins tranchés, le juge du fond pourrait avoir plus de difficultés à distinguer l'abus de droit de la simple optimisation fiscale. Comme le rappelait Olivier Fouquet dans l'étude précitée : « quelle que soit la clarification des critères de l'abus de droit, elle laissera nécessairement subsister une zone grise qui sépare le montage purement artificiel du montage où la substance l'emporte sur l'artificiel » (V. *infra* n° 17 à 19).

8 – Le facteur risque, critère de l'activité économique ? – Le risque est inhérent à l'activité économique, qui suppose une chance de gain et un risque de perte. L'existence d'un risque d'absence de rachat au dénouement du contrat a par exemple été retenue dans l'affaire *Axa* pour juger que des opérations d'achats à réméré d'actions par une banque suivies de leur revente après détachement du coupon ne présentent pas un caractère artificiel (CE, 8^e et 3^e ss-sect., 7 sept. 2009, n° 305586, *min. c/ SA Axa* : *JurisData* n° 2009-081542 ; *Dr. fisc.* 2009, n° 39, *comm.* 484, *concl.* L. Olléon, *note* E. Meier et R. Torlet ; *RJF* 12/2009, n° 1138 ; *BDCF* 12/2009, n° 142, *concl.* L. Olléon). Un raisonnement similaire a été tenu dans l'affaire *Sté Henri Goldfarb* (CE, 8^e et 3^e ss-sect., 7 sept. 2009, n° 305596, *Sté Henri Goldfarb* : *JurisData* n° 2009-081543 ; *Dr. fisc.* 2009, n° 39, *comm.* 484, *concl.* L. Olléon, *note* E. Meier et R. Torlet ; *RJF* 12/2009, n° 1139 ; *BDCF* 12/2009, n° 142, *concl.* L. Olléon). Olivier Fouquet a relativisé l'importance du « facteur risque » dans l'arrêt *Axa* en en faisant un simple témoignage de la réalité des achats d'actions (O. Fouquet, *Fraude à la loi : l'explicitation du critère « subjectif »* : *Dr. fisc.* 2009, n° 39, *act.* 287). Mais c'est parce que la participation d'un contribuable à une opération financière était dénuée de tout risque d'investissement que le Conseil d'État a retenu le caractère artificiel du montage dans l'affaire *Sté Charcuterie du Pacifique* (CE, 3^e et 8^e ss-sect., 12 mars 2010, n° 306368, *Sté Charcuterie du Pacifique* : *JurisData* n° 2010-001688 ; *Dr. fisc.* 2010, n° 19, *comm.* 307, *concl.* E. Geffray, *note* F. Deboissy. – V. également, C. Acard, *Fiscalité financière* : *Dr. fisc.* 2010, n° 38, *étude* 486. – V. aussi, S. Austry et D. Gutmann, *L'état de l'abus de droit et de la fraude à la loi* : *FR Lefebvre* 39/09, n° 3). La cour administrative d'appel de Versailles a admis le caractère artificiel d'un portage d'actions financé par un prêt sans intérêt dès lors que la société n'avait retiré aucun avantage de l'opération (CAA Versailles, 3^e ch., 26 juin 2007, n° 06VE00554, *Duboc*).

L'existence d'un certain degré de risque dans l'entreprise poursuivie facilite donc l'appréciation de l'existence d'une activité économique. En apportant un actif à une société, le contribuable lui transfère le risque attaché à l'exploitation de cet actif que la société continue à assumer le cas échéant en accordant une garantie de passif à l'acheteur, puis le risque est reporté sur une nouvelle activité.

9 – Distinction entre activité économique et activité professionnelle. – L'activité économique de la société et l'exercice d'une activité professionnelle par le contribuable au sein de cette société sont deux choses différentes. Plusieurs avis du Comité consultatif de répression des abus de droit ont utilisé la notion d'investissement professionnel pour écarter ou retenir l'abus de droit (par ex., affaire n° 2004-61, 2004-35 à 2004-38, cf. *Comité consultatif pour la répression des abus de droit Rapport annuel 2005, préc.*). Les décisions du 8 octobre ne prévoient pas la nécessité pour le cédant d'exercer son activité professionnelle dans la société. En effet, l'objectif du législateur n'a pas été de subordonner le bénéfice du report d'imposition à l'exercice de sa profession au sein de la société par l'apporteur. Cependant, l'analyse des magistrats est facilitée lorsque le contribuable exerce, en outre, une activité professionnelle au sein de la société ou de ses filiales, comme c'était le cas dans les affaires *Bazire* et *Bauchart*. On citera également une affaire jugée par le tribunal administratif de Versailles le 13 décembre 2005 : l'Administration n'a pas été regardée comme

ayant apporté la preuve du but exclusivement fiscal de l'apport des titres à une société, dès lors que cette société avait réinvesti le produit de la vente dans les titres d'une autre société dont le contribuable était devenu directeur général et qui lui procurait ses revenus professionnels (*TA Versailles, 13 déc. 2005, n° 04-4909, Rouyer* : *RJF* 6/2006, n° 750 ; *BDCF* 6/2006, n° 77, *concl.* F. Locatelli).

10 – L'exigence d'une activité économique exclut les investissements à caractère purement patrimonial. – En exigeant le réinvestissement dans une activité économique, le Conseil d'État exclut *ipso facto* les investissements à caractère patrimonial du champ d'application du différé d'imposition (immeubles de rendement non liés à une activité économique exercée par la société, OPCVM, liquidités).

Ce rejet des considérations purement patrimoniales avait déjà été illustré :

– par une décision de la cour administrative d'appel de Bordeaux, qui avait jugé que si les biens dans lesquels la société investit (par exemple, une maison), ont pour seul objet de satisfaire les besoins personnels de ses associés, l'abus de droit est manifestement constitué (en ce sens, CAA Bordeaux, 4^e ch., 27 avr. 2006, n° 02BX01532, *Sté Richelieu Plaisance et n° 02BX01533, Guillaud*) ;

– par la décision de la cour administrative d'appel de Nantes dans l'affaire *Simmenauer* (CAA Nantes, 1^{re} ch., 18 déc. 2006, n° 05NT00486, *Bazire et n° 05NT00650, Simmenauer, préc.*), rendue le même jour que l'arrêt *Bazire* de cette même cour. Alors que le contribuable arguait que la création de la société permettait de concentrer le patrimoine familial et de rendre sa gestion plus aisée, les juges du fond ont considéré que l'option pour l'IS exercée par la société n'était pas cohérente avec l'objectif affiché et qu'aucun investissement économique n'était invoqué. En rejetant le pourvoi formé contre l'arrêt des juges d'appel, le Conseil d'État a implicitement approuvé les juges du fond d'avoir jugé qu'un montage où les réinvestissements pratiqués sont d'ordre purement patrimonial est contraire aux objectifs du report d'imposition (CE, 8^e ss-sect., (na), 20 oct. 2008, n° 301744, *Simmenauer* : *RJF* 1/2009, n° 32-a et 58).

On peut regretter que le Conseil d'État, en enfermant l'absence de caractère artificiel de l'opération dans le concept d'activité économique, n'ait laissé aucune place à l'intérêt civil de constituer une société pour organiser la détention du patrimoine entre les membres d'une même famille, en créant un cadre juridique différent de celui qui résulte de la vente directe des actions par le contribuable. En première analyse, en effet, un tel but ne répond pas à des préoccupations exclusivement fiscales.

L'accent mis sur l'activité économique montre la volonté du Conseil d'État de rester au plus près de l'objectif économique du législateur lorsqu'il a institué le mécanisme de report d'imposition (V. *infra* n° 15) et les critères d'analyse employés dans les arrêts du 8 octobre traduisent de manière implicite cet objectif. En excluant le réinvestissement patrimonial, le Conseil d'État a sans doute estimé qu'il outrepasserait ses pouvoirs par une interprétation des buts de la loi plus large que ne l'a entendu le législateur quand il a institué le report d'imposition.

11 – On remarquera par ailleurs qu'il existe souvent, en pratique, des situations dans lesquelles coexistent des activités économiques et des investissements à caractère purement patrimonial, ce qui rend la tâche du juge malaisée. Cela est particulièrement vrai dans l'hypothèse des sociétés holding (V. *infra* n° 17 et 18).

2° Importance du facteur temps

12 – Brièveté du délai séparant l'apport de la revente, puis du réinvestissement. – Dans les trois affaires, l'Administration avait considéré que la brièveté du délai séparant l'apport des titres de leur revente, ou de la réduction de capital, révélait l'intention du contribuable de masquer la vente de l'actif apporté.

Cet élément n'est pas retenu par le Conseil d'État comme critère du caractère artificiel du montage. Pas plus que la rapidité de l'aller-retour autour de la date du détachement du coupon dans les affaires *Axa* et *Henri Goldfarb* précitées. Il n'est non plus examiné si la revente des titres avait été décidée avant l'apport, malgré la séquence rapprochée des opérations. Toutefois, il faut peut-être réserver le cas où la vente serait définitivement conclue avant l'apport.

En revanche, le réinvestissement doit intervenir dans un délai raisonnable, en fonction des contraintes dues « à l'importance et à la nature de l'investissement réalisé, (eu égard aux) prises de contacts et des démarches préalables (...) » et en tenant compte le cas échéant de « tentatives infructueuses ». Dans l'affaire *Bauchart*, le Conseil d'État a considéré que l'activité économique de la société s'était poursuivie alors même qu'un réinvestissement n'avait eu lieu qu'au bout de trois ans de recherches de cibles, le redressement ayant été notifié dans l'intervalle. L'approche pragmatique des juges en matière de réinvestissement est également illustrée par l'affaire *Clairret* jugée par la cour administrative d'appel de Lyon le 27 octobre 2009 (CAA Lyon, 2^e ch., 27 oct. 2009, n° 07LY02295, min. c/ Clairret). À la suite d'un apport, la société avait mandaté un cabinet de conseil six mois après la revente des titres, pour l'accompagner dans un projet de réinvestissement dont le prix avoisinait celui de la cession. Les négociations ayant échoué, les projets de réinvestissement de la société s'étaient reportés sur d'autres cibles. En jugeant que l'apport-cession n'était pas frauduleux en dépit de l'absence de réinvestissement rapide, compte tenu des démarches effectuées par la société, et eu égard à l'importance et à la nature de l'investissement, les juges de Lyon ont adopté une solution semble-t-il conforme aux arrêts du 8 octobre 2010.

Le Conseil d'État retient donc une notion de continuité d'activité, la société bénéficiaire de l'apport restant libre d'adapter ses moyens d'exploitation à l'environnement économique par des cessions et des rachats d'actifs plus ou moins rapprochés. Toutefois, la Haute juridiction encadre cette liberté en posant dans son considérant de principe une condition de conformité du réinvestissement à l'objet social de la société. Cette condition semble faire écho à la jurisprudence sur le changement radical d'activité réelle, qui emporte cessation d'entreprise au sens des dispositions de l'article 221, 5 du CGI (CE, 8^e et 3^e ss-sect., 10 juill. 2007, n° 288484, SARL Final ; *JurisData* n° 2007-081172 ; Dr. fisc. 2008, n° 4, comm. 82 ; Dr. sociétés 2007, comm. 206, note J.-L. Pierre ; RJF 2007, n° 1219). A contrario, un changement radical d'activité de la société n'entraîne en principe aucune imposition des plus-values latentes ou d'un boni de liquidation au niveau des actionnaires. En faisant référence à l'objet social à propos des apports-cession, le Conseil d'État a-t-il voulu seulement mettre en garde les contribuables contre les conséquences fiscales qui découleraient, au niveau de la société, d'un changement radical d'activité consécutif à un réinvestissement non prévu par les statuts, ou en faire une condition du différé d'imposition ? Dans le silence des objectifs du législateur sur ce point (V. *infra* n° 15), la sagesse commande de rédiger l'objet social de manière à permettre le réinvestissement dans un actif différent de celui qui a été apporté, c'est-à-dire de doter la société d'une véritable stratégie économique.

Peu importe l'usage des titres de la société que fait l'apporteur, puisque le législateur n'a pas conditionné le différé d'imposition à une quelconque obligation de conservation (contrairement aux personnes morales, CGI, art. 210 B). Le contribuable peut en faire don à ses enfants sans encourir de reproches. Dans l'affaire *Simmenauer* jugée par la cour administrative d'appel de Nantes (CAA Nantes, 1^{re} ch., 18 déc. 2006, n° 05NT00486, *Bazire* et n° 05NT00650, *Simmenauer*, *préc.*), le commissaire du Gouvernement avait relevé que l'apporteur avait fait donation des titres de la société à ses enfants huit mois après l'apport, ce qui avait permis une exonération définitive de

la plus-value, mais les juges du fond n'ont pas retenu cet élément étranger à l'examen de l'opération d'apport-cession.

13 – Exercice par la société d'une activité préalable. – Dans les affaires *Bauchart* et *Bazire*, la société bénéficiaire de l'apport avait été constituée peu de temps avant la revente des actions. Le Conseil d'État ne retient pas l'absence d'antériorité et d'activité préalable de société dans l'analyse du caractère artificiel du montage.

Toutefois, s'ils existent, ces faits peuvent être retenus pour étayer la substance du montage. Dans l'affaire *Persicot* (CE, 9^e et 10^e ss-sect., 28 févr. 2007, n° 284565, min. c/ M^{me} Persicot, *préc.*), le Conseil d'État s'est fondé sur la circonstance que la société civile avait été constituée quatre ans avant l'opération litigieuse (« (...) la société civile à laquelle ont été cédées en 1981 les actions (...) avait été constituée dès 1977 (...) ») et il entrait dans ses activités réelles de détenir et de gérer des valeurs mobilières (...) que dans ces conditions, l'Administration n'apporte pas la preuve que la cession (...) présentait un caractère artificiel (...) »).

B. - Recherche de l'intention du législateur : favoriser les restructurations économiques

14 – Le caractère artificiel du montage résultant de son défaut de substance économique témoigne du but exclusivement fiscal du contribuable, mais il ne suffit pas à caractériser l'abus de droit. Il faut en outre que l'Administration démontre la contrariété entre le montage et l'objectif du législateur. Les deux critères sont cumulatifs, et, de ce point de vue, la nouvelle définition de l'abus de droit par fraude à la loi renforce la protection du contribuable. Les trois affaires ici commentées illustrent la méthode à suivre :

- en l'absence d'un but exclusivement fiscal du montage, il n'y a pas lieu de rechercher si celui-ci est contraire aux objectifs du législateur (affaires *Bauchart* et *Bazire*) ;

- en présence d'un but exclusivement fiscal du montage, il y a lieu de rechercher si celui-ci est contraire aux objectifs du législateur (affaire *Four*).

15 – Affaires *Bauchart* et *Bazire*. – Les juges soulignent qu'il n'y avait pas lieu d'examiner la conformité du montage aux objectifs poursuivis par le législateur, puisqu'il avait déjà été démontré que le montage poursuivait un but économique d'inspiration autre qu'exclusivement fiscal.

Si tel n'avait pas été le cas, l'examen des objectifs du législateur aurait révélé qu'ils étaient d'ordre économique, visant à favoriser la restructuration d'entreprises. En effet, le rapport fait au nom de la commission des finances de l'Assemblée nationale sur le projet de loi de finances pour 2000, qui a substitué le mécanisme du sursis d'imposition codifié à l'article 150-0 B à celui du report d'imposition, indique que « la neutralisation fiscale des plus-values comptabilisées en vue de fixer la parité d'échange à l'occasion des restructurations d'entreprises tend à faciliter ces opérations en raison de leur intérêt même pour l'économie ». Ce régime de « différé d'imposition performant » doit faciliter « la nécessaire adaptation des structures des entreprises, que ce soit pour mieux répondre aux exigences du marché ou pour améliorer leur compétitivité ». La réforme entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2000 présente un caractère technique et visait uniquement à simplifier le formalisme du dispositif de report en lui substituant le sursis, sans modifier les objectifs du législateur. Le mécanisme de report d'imposition vise donc à ne pas décourager les contribuables d'effectuer des opérations de restructuration des entreprises en faisant peser sur eux une charge d'impôt à l'occasion d'opérations ne dégageant pas de liquidités. Dans ces conditions, le Conseil d'État ne se satisfait pas du constat de la non-appréhension effective des liquidités par le contribuable (sommes restant investies dans la société), et le complète d'une condition de réinvestissement économique. Même

non nécessaire à la solution retenue, le rappel de l'objectif économique du législateur est implicite dans les décisions *Bazire et Bauchart* (V. *supra* n° 10).

16 – Affaire Four. – Le Conseil d'État a pris soin de rappeler les objectifs du législateur avant de constater leur violation. L'article 151 *octies* du CGI favorise la transformation des entreprises individuelles en sociétés en ne procédant pas à la taxation immédiate des plus-values tant que les titres reçus en contrepartie de l'apport n'ont pas été cédés et n'ont pas permis au contribuable de disposer des liquidités nécessaires au paiement de l'impôt.

Les contribuables, qui avaient procédé après l'apport de leur fonds de commerce à la société à une réduction de capital portant sur 80 % de ce dernier, ont pu disposer de cette manière d'un accès à des liquidités représentatives de la valeur vénale du fonds, en recherchant le bénéfice d'une application littérale de l'article 151 *octies* allant à l'encontre des objectifs poursuivis par le législateur.

3. Les questions qui restent posées à l'issue des arrêts du 8 octobre 2010

A. – *Quid* des sociétés holding ?

1° Une société holding peut exercer une activité économique

17 – Rien n'empêche la société d'être une simple holding, pourvu qu'elle détienne des participations dans des sociétés opérationnelles. C'est le cas dans les affaires *Bazire et Bauchart*, où la société bénéficiaire de l'apport a acquis le capital d'une autre société exerçant une activité commerciale.

Jusqu'où va l'exigence d'une activité économique dans le cas d'une société holding ? Cette exigence repose-t-elle sur la distinction faite par la jurisprudence du Conseil d'État entre activité civile et activité commerciale ? Le Conseil d'État a jugé qu'une EURL qui a pour seul objet la détention d'un portefeuille de titres sans participer d'aucune manière à l'activité commerciale de ses filiales ne saurait être regardée comme exerçant une activité commerciale (CE, 10^e et 9^e ss-sect., 17 nov. 2006, n° 254597, M. *Bec* : *JurisData* n° 2006-081051 ; *Dr. fisc.* 2007, n° 17-18, *comm.* 468, *concl.* M^{me} M.-H. Mitjavile ; *RJF* 2007, n° 173), et que la simple gestion d'une participation sans aucune immixtion dans l'activité de la filiale est une activité civile (CE, 3^e et 8^e ss-sect., 7 août 2008, n° 283238, M. et M^{me} Joly : *JurisData* n° 2008-081365 ; *Dr. fisc.* 2008, n° 44, *comm.* 556, *concl.* E. Glaser ; *RJF* 2008, n° 1211. – V. également, L. Vallée, *Frontière entre activité civile et activité commerciale* : *FR Lefebvre* 49/2008, p. 7). On peut donc avancer qu'une distinction entre holding « active » et holding « passive » résulte de l'exigence d'une « activité économique ». Plusieurs réinvestissements économiques peuvent coexister comme l'illustre l'affaire *Bauchart*. Le concept de holding « active » en cas d'apports-cession pourrait, nous semble-t-il, inclure la prise de participations minoritaires dans plusieurs sociétés, en associant la société investisseuse à la définition ou à la surveillance de la politique de ses filiales dans le cadre d'un pacte d'actionnaires.

2° Les holdings mixtes

18 – Une holding mixte réinvestissant seulement une partie du produit de la vente dans une activité économique répond-t-elle aux exigences du Conseil d'État ? Eu égard au fait que le champ d'application de l'article L. 64 nouveau est limité aux cas où le montage n'a pu être inspiré par **aucun** motif autre que fiscal, en étant « purement » artificiel, il nous semble que le juge pourrait se satisfaire de ce qu'une part significative du prix de cession, supérieure ou égale au produit de la vente minoré de l'impôt de plus-value latent au niveau du contribuable, a été réinvestie dans des activités économiques. Ainsi, dans

l'affaire jugée par le tribunal administratif de Versailles le 13 décembre 2005, le contribuable a apporté la preuve que l'apport-cession des titres n'avait pas un but exclusivement fiscal, dès lors que la société bénéficiaire de l'apport avait réalisé des investissements professionnels et patrimoniaux. Le commissaire du Gouvernement avait d'ailleurs relevé dans ses conclusions que la société bénéficiaire de l'apport s'était inscrite dans une dynamique de croissance économique « et de réorganisation patrimoniale » du cédant (*TA Versailles*, 13 déc. 2005 n° 04-4909, *Rouyer, préc.*). Dans ses avis n° 2004-36 et n° 2004-37, le Comité consultatif pour la répression des abus de droit a admis qu'il suffisait que la « majeure partie » des fonds ait été remployée en investissements à caractère professionnel.

B. – Le sursis d'imposition de l'article 150-0 B du CGI relève-t-il de la procédure de répression des abus de droit ?

19 – Dans plusieurs avis, les membres du Comité consultatif pour la répression des abus de droit se sont fondés sur le caractère non optionnel et obligatoire du sursis de l'article 150-0 B pour écarter l'abus de droit (avis n° 2004-63 et 2004-64, V. *Instr.* 13 mars 2006 : *BOI* 13 L-3-06 ; *Dr. fisc.* 2006, n° 25, *étude* 47). Contrairement au mécanisme du report d'imposition, le contribuable n'a pas à solliciter le bénéfice du différé d'imposition. L'opération d'apport est « intercalaire », c'est-à-dire que la plus-value n'est, fiscalement, pas réalisée. Ce n'est que lors de la revente des titres reçus à l'échange que la plus-value est reconnue et imposée. Dans ces conditions, il est difficile de soutenir que le contribuable a « dissimulé » une quelconque plus-value, puisqu'il n'a rien à déclarer. À notre avis, il y a donc lieu d'approuver la 4^e chambre de la cour administrative d'appel de Bordeaux d'avoir jugé qu'une opération d'apport en sursis d'imposition ne relève pas des dispositions de l'article L. 64 rédaction ancienne qui vise la « réalisation ou le transfert de bénéfices ou de revenus » (*CAA Bordeaux*, 4^e ch., 9 oct. 2008, n° 07BX00352, *Dufaur-Dessus* : *JurisData* n° 2008-372513 ; *Dr. sociétés* 2009, *comm.* 42, *note* J.-L. Pierre).

La jurisprudence est toutefois divergente et plusieurs décisions ont retenu que l'article L. 64 était applicable à une opération d'apport-cession placée sous le régime de l'article 150-0 B (*CAA Bordeaux*, 3^e ch., 17 févr. 2009, n° 07BX00711, *Berjot*. – *TA Cergy-Pontoise*, 4 mai 2009, n° 06-2268, *Nicolet* : *RJF* 2010, n° 394. – V. également, *TA Marseille*, 4 févr. 2008, n° 0500915, *Harreau*).

Si l'article L. 64 n'est pas applicable, les litiges liés au sursis d'imposition pourraient rester passibles de sanctions sur le terrain du principe général de la fraude à la loi. En effet, l'objectif du législateur – faciliter les restructurations d'entreprises – n'a pas varié lorsque le mécanisme du sursis d'imposition a remplacé celui du report (V. *supra* n° 15). On pourrait s'étonner que la solution retenue par les juges soit différente en cas de report et en cas de sursis au seul motif que le différé d'imposition est automatique dans le dernier cas, quand l'apport-cession produit un résultat économique identique. Le législateur a-t-il eu cette conséquence à l'esprit en présentant l'aménagement du texte comme purement technique ? Le président Olivier Fouquet souligne néanmoins l'anomalie qu'il y aurait à décourager un contribuable de faire usage du droit que lui offre le Code de commerce de faire un apport à une société dont l'objet est patrimonial, du fait du risque d'abus de droit que lui ferait encourir le sursis, et qu'il ne peut plus éviter en offrant de payer l'impôt (*O. Fouquet, Reports d'imposition et abus de droit* : *FR Lefebvre* 44/10, n° 18, p. 21). Il appartiendra au Conseil d'État de juger si le schéma doit être examiné dans son ensemble (auquel cas le choix du contribuable de faire apport des titres plutôt que de les vendre directement pourrait sembler frauduleux s'il n'a eu pour but que de faire jouer le sursis d'imposition), ou s'il faut s'arrêter à l'instant de l'apport en considérant que le législa-

teur n'a visé que cette seule opération, fût-elle inscrite dans un montage dont la logique est plus complexe (auquel cas le caractère automatique du différé d'imposition éloigne le risque d'abus de droit). Cet arbitrage sera un exercice d'équilibre délicat entre interprétation des intentions du législateur et réalisme économique.

C. - Les arrêts commentés apportent-ils un enseignement pour les autres dispositifs de différé d'imposition ?

20 - Au-delà du sursis de l'article 150-0 B du CGI, les préoccupations essentiellement économiques du législateur peuvent être trouvées dans d'autres textes de loi prévoyant un différé d'imposition. Il en va ainsi du régime des fusions que domine la volonté du législateur d'assurer un traitement fiscal neutre aux restructurations économiques. La grille de lecture retenue par le Conseil d'État dans les arrêts *Bazire*, *Bauchart* et *Four* (poursuite d'une activité économique sans désinvestissement définitif en cas de réorganisation d'entreprise) pourrait-elle trouver à s'appliquer dans d'autres situations que les apports-cession ? La jurisprudence du Conseil d'État issue des arrêts du 8 octobre conduit en tout cas à s'interroger sur les critères les plus adaptés pour analyser la volonté du législateur en présence de certaines formes de restructurations, telles les « fusions rapides », qui répondent à une préoccupation économique de simplification des structures et de gestion efficace de la trésorerie. C'est aussi l'occasion pour l'Administration d'actualiser son « faisceau d'indices » sur les fusions, parmi lesquels le délai séparant l'acquisition de la fusion et l'exercice ou non par la société acquérante avant la fusion d'une activité (*Instr. 3 août 2000 : BOI 4 I-2-00, § 17 ; Dr. fisc. 2000, n° 37, instr. 12504*).

D. - Donations-cession : la réappropriation des fonds témoigne de l'absence d'intention libérale

21 - L'affaire *Four*, dans laquelle les contribuables avaient fait naître à leur profit une créance dont le montant correspondait peu ou prou à la valeur du fonds apporté, comme s'ils l'avaient vendu à la société, fait penser aux donations requalifiées en ventes lorsque le donateur s'est réapproprié le produit de la cession des titres. La donation de titres en pleine propriété ou en nue-propriété avant leur cession est largement répandue et n'a rien de frauduleux lorsque le donateur a été animé d'une réelle intention libérale (par ex., *TA Toulouse, 21 mai 2002, n° 97-328, Gineste*. - *TA Besançon, 1^{re} ch., 21 nov. 2006, n° 04-106, Pheulpin* : *JCP N 2008, n° 6, 1078, note J.-P. Garçon ; RJF 8-9/07, n° 951*. - *TA Versailles, 20 nov. 2007, n° 06-3231, Bellemare* : *RJF 11/2008, n° 1231*. - *CAA Bordeaux, 3^e ch., 17 févr. 2009, n° 07BX00711, Berjot, préc.*). Au vu des critères établis par l'arrêt *Janfin*, les magistrats devront peut-être mettre davantage en avant dans leurs décisions futures l'objectif du législateur, qui a été d'exclure l'impôt sur les plus-values et de réserver l'application des droits de mutation à titre gratuit aux seules libéralités, excluant toute réappropriation des fonds par le donateur.

E. - Convergences et divergences avec la Cour de cassation

22 - Trois arrêts rendus par la Cour de cassation - *SA Audit Sud Est* (*Cass. com., 31 oct. 2006, n° 05-14.254, SA Audit Sud-Est : JurisData n° 2006-035701 ; RJF 2/2007, n° 240*. - V. également, *M. Cozian, Abus de droit, apport-cession et apport-donation : la Cour de cassation serait-elle en train de perdre le cap ? : Dr. fisc. 2007, n° 36, étude 795*), *Saunier Streck* (*Cass. com., 15 mai 2007, n° 06-14.262, Saunier Streck : JCP N*

2008, 1072, note J.-P. Garçon ; Dr. sociétés 2007, comm. 174, note R. Mortier ; RD bancaire et fin. 2008, prat. 1, note H. Causse ; RJF 2007, n° 126), et *SAS Distribution Casino France* (*Cass. com., 20 mars 2007, n° 05-20.599, F-D, SAS Distribution Casino France : JurisData n° 2007-038111 ; JCP E 2007, 1698, note H. Hovasse ; Dr. sociétés 2007, comm. 124, note J.-L. Pierre*) - ont marqué les esprits par le durcissement de la jurisprudence en matière d'abus de droit. S'agissant plus particulièrement d'un apport partiel d'actif à une société nouvelle suivi de la vente des titres, l'arrêt *Casino* a examiné si l'opération visait à éviter le paiement des droits de mutation à titre onéreux de l'article 719 du CGI. La Cour de cassation a retenu l'abus de droit en raison de la brièveté du délai entre l'apport et la cession, la séquence rapide des événements excluant toute prise de risque inhérente à l'apport (revente immédiate des titres) et ne semblant suivre aucune logique économique (l'apport n'a pas créé une situation juridique différente d'une cession directe). Or, les critères retenus par la Cour de cassation pour retenir l'existence d'une fraude dans l'affaire *Casino* sont assez proches de ceux qu'ont retenus les juges du fond dans plusieurs affaires d'apports-cession, tels le bref délai séparant l'apport de la revente, l'absence de démonstration de l'utilité de créer la société pour réaliser de nouveaux investissements, etc. A contrario, on a vu que ces critères sont écartés par le Conseil d'État qui en privilégie d'autres plus inspirés par l'objectif de la loi dans les affaires de différés d'imposition.

Un apport suivi de la cession des titres apportés, et un apport suivi de la vente des titres reçus à l'échange, sont certes des opérations différentes qui n'ont en commun que de mettre en jeu des textes de loi visant à alléger le coût d'une restructuration en différant l'impôt ou en lui appliquant des droits de mutation réduits. Toutefois, la divergence des critères d'analyse de la fraude à la loi utilisés par le Conseil d'État et par la Cour de cassation laisse perplexe, alors qu'il s'agit dans les deux cas d'apprécier la réalité économique d'une opération. Dans d'autres domaines, tels la détermination de la valeur des titres, les deux juridictions se sont pourtant efforcées de faire converger leur jurisprudence.

Conclusion

23 - Le Conseil d'État a fait une interprétation stricte des objectifs du législateur en dégageant les critères qui lui paraissent les plus appropriés pour vérifier qu'ils sont bien respectés. Le double critère de réinvestissement dans une activité économique et de l'absence de mise à disposition des fonds au profit de l'apporteur devrait conforter la plupart des schémas d'apport-cession dans lesquels les contribuables ont choisi de poursuivre une entreprise au moindre coût fiscal, via une société nouvelle ou existante. Les arrêts du 8 octobre se situent dans la continuité de la jurisprudence qui veut qu'un montage, fût-il principalement inspiré par des considérations d'optimisation fiscale, n'est pas abusif s'il ne présente pas un caractère artificiel.

À la suite de l'arrêt *Sagal* (*CE, 8^e et 3^e ss-sect., 18 mai 2005, n° 267087, min. c/ Sté Sagal, préc.*), ces arrêts posent sans doute un jalon important dans la formation de la jurisprudence relative à l'analyse des opérations économiques qui sont réalisées avec le bénéfice d'un régime fiscal de différé, de neutralité ou d'allègement fiscal.

Roland POIRIER,
avocat associé, Brandford-Griffith

MOTS-CLÉS : Abus de droit - Opérations d'apport-cession - Absence de but exclusivement fiscal en cas de réinvestissement dans une activité économique

Abus de droit - Champ d'application - Reports d'imposition

JURISCLASSEUR : Procédures fiscales, Fasc. 375 et 376, E. Kornprobst